

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU INTERVENCIÓN EN LA ECONOMÍA. PRINCIPIOS APLICABLES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Juan Ignacio SÁENZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El camino desde la irresponsabilidad total a la responsabilidad objetiva del Estado por su actividad lícita*. III. *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita*. IV. *La responsabilidad del Estado por su intervención lícita en la economía*. V. *¿Qué nos depara la pesificación?* VI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La organización federal de la República Argentina, establecida en el artículo 1o. de la Constitución de 1853, y adoptada¹ del modelo estadounidense creado en la Convención de Filadelfia de 1787, determina, como en otros países con tal forma de Estado, que existan tantos sistemas de derecho público como jurisdicciones conviven en el país. En nuestro régimen federal existen veinticinco jurisdicciones contando a las veintitrés

¹ En nuestro país, los constitucionalistas solieron discutir si la Constitución argentina de 1853 era un texto original o si reflejaba sin mayores modulaciones la Constitución estadounidense de Filadelfia de 1787. Para los miembros de la comisión que redactó el proyecto, éste estaba vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos. Lo cierto es que el artículo 1o. de la Constitución reza que “la nación argentina adopta para su gobierno la forma republicana representativa federal”. El verbo *adoptar* sugiere la idea de que los constituyentes tomaron un diseño que ya estaba creado y funcionando, lo cual autoriza a sostener que el esquema de organización no tuvo la originalidad de un sistema nuevo. Lo que sí puede afirmarse es que existen varios aspectos del régimen que fueron creación de la realidad política nacional y surgieron especialmente con la necesidad de incorporar a la Provincia de Buenos Aires, que ingresó tardíamente a la Federación en 1860, después de reformarse por primera vez la Constitución originaria.

provincias,² la ciudad autónoma de Buenos Aires³ y el Estado nacional. Por lo tanto, no resulta rigurosamente correcto ni exacto referirse a la responsabilidad patrimonial del Estado en la Argentina como sistema que representa la realidad jurídica total del país, pues la sección del derecho público argentino referida a dicha temática tiene en realidad veinticinco capítulos donde es posible analizar diversos principios, fuentes y normas reguladoras, sin perjuicio de los paralelismos, similitudes, analogías y concordancias que pudieran existir entre los veinticinco ámbitos jurídicos del derecho público nacional. De hecho, al igual que en muchas instituciones, las jurisdicciones locales dan cuenta de regulaciones normativas de las que carece el ámbito nacional. El ejemplo más cabal son los códigos en lo contencioso administrativo existentes en muchas provincias y en la ciudad de Buenos Aires, mientras que la nación no ha logrado hasta el día de hoy emitir un cuerpo unificado de disposiciones procesales para los juicios en que el Estado nacional es parte.

No obstante, es importante destacar que el derecho público local recibe la influencia de dos fuentes fundamentales propias del orden jurídico nacional:

1) El Código Civil, que es uno solo en todo el país. A diferencia del modelo federal de los Estados Unidos, del cual los constituyentes argentinos de 1853 tomaron la mayoría de las cláusulas del texto aprobado ese

² Al organizarse jurídicamente el país en 1853, existían catorce provincias. Entre 1951 y 1955, el Congreso Nacional, de acuerdo con la facultad constitucional establecida en los artículos 13 y 75, inciso 15, de la Constitución nacional, creó ocho provincias más en extensos territorios nacionales colonizados entre fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, al norte y al sur del núcleo territorial que el país había heredado del Virreinato del Río de la Plata. Finalmente, en 1990, el territorio nacional ubicado en el extremo sur del país, en la isla grande de Tierra del Fuego, se convirtió en la última provincia argentina en erigirse dentro de sus límites.

³ La Constitución de 1853 constituyó el instrumento que plasmó la definitiva unidad de las provincias del Río de la La Plata en una República federal. De las catorce provincias existentes en 1853, todas concurrieron al pacto fundamental, menos la Provincia de Buenos Aires, la más importante desde el punto de vista geográfico, que se incorporó a la nación en 1860, cediendo el territorio que constituiría la ciudad de Buenos Aires, capital de la república y asiento de las autoridades federales creadas en la Constitución. Así, la ciudad de Buenos Aires constituyó un municipio o distrito administrado exclusivamente por el Estado nacional hasta que la reforma constitucional de 1994 agregó el último artículo (129) del texto, que es el que confiere autonomía y facultades propias de gobierno, legislación y jurisdicción a la ciudad, con lo cual ha quedado casi asimilada a una provincia y se la llama “Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

mismo año, es posible advertir algunos apartamientos significativos del antecedente estadounidense. Entre esos puntos, quizá el más importante es aquel que establece la unidad de toda la legislación de fondo. De acuerdo con el artículo 75, inciso 12, de la Constitución argentina, las provincias han delegado en el gobierno federal el dictado de la legislación común en materia civil, penal, comercial, laboral, de seguridad social y de minería.⁴ Por el contrario, en el derecho estadounidense, cada estado mantiene su potestad en dichas materias, lo cual explica, a modo de ejemplo, que en algunos estados exista la pena de muerte, la penalización del aborto o el régimen matrimonial entre personas del mismo sexo, y en otros no, según cada estado decida regular dichos aspectos de su legislación penal y civil. En nuestro país, la Constitución manda al Congreso Nacional sancionar y ordenar dicho derecho *común o de fondo* en códigos, los cuales rigen unificadamente en todo el país y compete su aplicación a los tribunales locales, salvo que excepcionalmente corresponda la competencia de la justicia federal por ser parte un ciudadano extranjero, la nación, una provincia (contra otra o contra un vecino de otra), o vecinos de distintas provincias.

De modo que el Código Civil aplicable en las provincias y *por* ellas, a través de sus propios órganos judiciales, es fuente obligada del régimen de responsabilidad de los estados locales, pues al establecer disposiciones básicas sobre la responsabilidad patrimonial intersubjetiva, la legislación de fondo impone reglas a las que las jurisdicciones deben atenerse y que su normativa local no puede alterar.

2) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Corte es el máximo tribunal del país y el único previsto en la Constitución nacional,⁵ nuevamente en forma refleja con la Constitución estadou-

⁴ En el régimen federal de la Argentina, los estados locales mantienen la potestad de dictar sus Constituciones, organizar sus poderes, sacar provecho de sus recursos naturales y tributarios, regular su régimen municipal y sancionar la normativa material no delegada a la nación, mientras que el gobierno federal, además de todo el derecho que deriva de la Constitución y que por lo tanto es ordenamiento federal por excelencia (aduanas, tributos nacionales, comercio interjurisdiccional, educación, régimen electoral de autoridades nacionales, defensa nacional, orden y seguridad interior, justicia federal, etcétera), determina también el derecho común o de fondo.

⁵ Artículo 108 de la Constitución nacional: “El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia de la Nación, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la nación”.

nidense. Su competencia se encuentra regulada en los artículos 116 y 117,⁶ de acuerdo con los cuales: *a)* es el último tribunal que entiende en causas que versan sobre puntos regidos en la Constitución y en normas federales, y *b)* es el tribunal único y originario en las causas en que es parte una provincia.

Con ello, la Constitución procura reservar a la Corte la última palabra sobre la interpretación constitucional, asegurando su supremacía sobre las normas locales, y someter a las provincias a su arbitrio único y exclusivo, evitando que éstas se autojuzguen, lo cual era concebido como peligroso para la incipiente unión federal.

Como consecuencia de ello, la Corte Suprema se transformó rápidamente en un órgano más del gobierno federal, con poder casi equivalente al del Congreso y el Ejecutivo.⁷ A través de su amplia competencia constitucional, a la cual se sumó luego la revisión de sentencias de cualquier materia por causa de arbitrariedad, la Corte se transformó en el intérprete final de la Constitución y las normas federales, en un gran tribunal de casación del derecho común o de fondo, y en el árbitro de los diferendos donde intervienen las provincias. Por lo tanto, puede fácilmente comprenderse que su jurisprudencia ha sido fuente privilegiada en una gran cantidad de materias del derecho nacional en su conjunto, entre ellas la responsabilidad del Estado. En el ámbito nacional, un puñado de cláusulas del Código Civil y algunas normas dispersas de derecho público le

⁶ Artículo 116 de la Constitución nacional: “Corresponde a la Corte Suprema y a los demás tribunales inferiores de la nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos en la Constitución, y por las leyes de la nación, con la reserva hecha en el artículo 75, inciso 12 [se refiere a la aplicación de la legislación común o de fondo por los tribunales locales]; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos contra un Estado o ciudadano extranjero”. El artículo 117 agrega que en todos estos casos la Corte Suprema interviene por apelación, salvo, en lo que aquí interesa, cuando es parte una provincia, supuesto en el cual su competencia es originaria y exclusiva.

⁷ Bianchi, Alberto, *Control de constitucionalidad*, Ábaco, 2002. Según reflexiona el autor acerca del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia en la Argentina, define al alto tribunal federal como la síntesis de la rama judicial de gobierno en todo el país, dada la amplia intervención en el control de sentencias emanadas de todo tipo de tribunales que le cupo en la defensa de la supremacía del orden federal y la legislación común sobre el derecho local de las provincias.

bastaron para edificar todo el sistema de reglas y principios en que se asienta actualmente la responsabilidad del Estado en la Argentina, según la síntesis evolutiva que presentamos a continuación.

II. EL CAMINO DESDE LA IRRESPONSABILIDAD TOTAL A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LÍCITA

1. *Esquema de la responsabilidad estatal en la actualidad*

Como quedó dicho, la responsabilidad patrimonial del Estado en la Argentina no está estipulada por ninguna norma positiva. No se alude a ella en la Constitución, ni se encuentra regulada orgánicamente en una ley del Congreso Nacional, a diferencia de países como España, por ejemplo, que han anclado la responsabilidad estatal en la propia Constitución formal.⁸ Su origen, su fundamento y su alcance en nuestro país se deben a la creación pretoriana de la Corte Suprema.

Sin perjuicio de todos aquellos aspectos que se mantienen aún hoy bajo el péndulo de los tribunales, puede decirse que la doctrina judicial de la Corte ha arribado a un esquema elemental, según el cual: *a)* los hechos y actos de los agentes estatales de cualquier jerarquía, en ocasión o ejercicio de sus funciones, se atribuyen de modo directo al Estado; *b)* la responsabilidad rige indistintamente tanto en el plano contractual como extracontractual, por acción o por omisión; *c)* en principio, el alcance de la reparación es amplio e integral tal como lo es en el régimen de responsabilidad del Código Civil; *d)* el deber de reparar se origina tanto en la actividad lícita como ilícita; *e)* para obtener la reparación por actos ilícitos debe procurarse primero la declaración judicial de nulidad o invalidez de dichos actos; *f)* el factor de atribución de responsabilidad puede ser subjetivo clásico (dolo o culpa del funcionario al que se le imputa actividad estatal), o fundado en la falta de servicio, a cuyo respecto se discute si es un factor de tipo subjetivo u objetivo, y *g)* en el caso de la responsabili-

⁸ El artículo 106.2 prescribe: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

dad por actividad lícita, el factor de atribución es enteramente objetivo, y debe acreditarse el daño especial y diferenciado.

Éstos son los postulados del “sistema de responsabilidad estatal” que existen actualmente en la Argentina: un cuadro de precedentes judiciales que han coincidido sistemáticamente en torno al fundamento de los distintos tipos de responsabilidad, sus factores de atribución, la dogmática de imputación de los hechos y actos de los funcionarios a la actividad estatal, y los supuestos de reparación integral.

2. Fuentes normativas anteriores a la consagración práctica de la responsabilidad estatal

Antes de que la Corte diera nacimiento a la responsabilidad estatal en 1933, el sistema jurídico argentino podía dar cuenta de algunas fuentes normativas que, aunque escasas, sirvieron de pautas predecesoras del camino iniciado por los tribunales en aquel año. En primer lugar, la Constitución argentina de 1853 previó dos supuestos especiales de responsabilidad estatal y señaló expresamente el deber de indemnizar en esos casos. Paradójicamente, se trata de casos de responsabilidad estatal por su actividad legítima, que es el último estadio en la evolución de los tipos de responsabilidad. Uno de ellos, ya inaplicable, es el previsto en el artículo 15,⁹ que reconocía el derecho indemnizatorio de los propietarios de esclavos a quienes la prohibición constitucional generaba perjuicios, y a pesar del carácter aberrante de la esclavitud.¹⁰ El otro caso es la expropiación por causa de utilidad pública declarada por el Congreso, la cual deber ser “previamente indemnizada” (artículo 17, Constitución nacional). A ello cabe agregar que el artículo 116, al prever la competencia de

⁹ Bianchi, Alberto, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, p. 44. El artículo 15 de la Constitución nacional prescribe: “En la nación argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración”. Esta norma tuvo varios antecedentes preconstitucionales, en especial la formal abolición de la esclavitud declarada por la Asamblea Constituyente de 1813, que garantizó la libertad de los hijos de esclavos nacidos a partir de aquel año. Las protestas de Brasil dieron lugar a que se siguiera tolerando la esclavitud de los sirvientes que llegaran al país con sus propietarios. Por ello continuaba existiendo, aunque mínimamente, la esclavitud en 1853, lo cual motivó el artículo 15.

¹⁰ Gelli, Ma. Angélica, *Constitución de la nación argentina comentada y concordada*, 2a. ed., Buenos Aires, La Ley, 2002.

la justicia federal cuando la nación es parte, presuponía pues que ésta podía ser demandada. En tal sentido, en 1900, el Congreso Nacional sancionó la Ley 3952 de demandas contra la nación, que previó brevemente la posibilidad de accionar contra el Estado y unas sucintas reglas procesales para hacerlo. No se especifica allí el contenido de lo demandable ni se precisan normas de fondos en materia de responsabilidad del Estado.¹¹

El Código Civil de 1871 estableció el principio general de la responsabilidad civil por culpa, la responsabilidad personal del funcionario público por el ejercicio irregular de sus funciones —como derivación del principio republicano—, y la responsabilidad de las personas por los daños causados por sus dependientes o por las cosas a su cargo.¹²

Por último, el artículo 16 de la Constitución nacional, en cuanto consagra la igualdad ante las cargas públicas, ha sido utilizado tradicionalmente como fundamento de la responsabilidad por vía de la interpretación, pero en su sentido originario se trataba de una cláusula más bien dirigida a la igualdad tributaria que a la compensación patrimonial por los daños causados por el Estado.

3. *El origen y la evolución*

En los comienzos de la organización nacional argentina, al igual que en casi todos los países, el Estado no era demandable por su responsabilidad patrimonial. Como es sabido, la soberanía de los Estados modernos sostuvo hasta bien entrado el siglo XX la teoría de la irresponsabilidad absoluta de la administración pública. Si bien el principio ha sido invertido, de acuerdo con el cual el Estado es por regla responsable, su virtual inmunidad indemnizatoria se mantiene con distinto grado en numerosos países. En la República Argentina, la etapa de franca y total inmunidad desapareció en forma bastante más temprana que en otros países de similar organización, como los Estados Unidos de América, u otros como Francia, Inglaterra y España.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es el órgano judicial de más alta jerarquía, tardó setenta años desde el inicio de su funciona-

¹¹ El artículo 1o. de la Ley establecía que “los tribunales federales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa...”. La Ley 11.634 de 1932 agregó la demandabilidad del Estado “en su carácter de persona de derecho público”.

¹² Artículos 1109, 1112 y 1113 del Código Civil.

miento, en 1863, para convertir al Estado nacional en un sujeto responsable por sus daños. En 1933 inauguró un sendero en el cual ya nunca retrocedería y que continuó construyendo a través de pilares dogmáticos cada vez más depurados a través del siglo XX.

Luego de negar durante años que el Código Civil pudiera establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, menos aún del propio Estado, por actos ilícitos, el caso “Devoto” (1933)¹³ marcó el punto de inflexión e inició el camino de la evolución jurisprudencial que llevaría al sistema de responsabilidad estatal vigente actualmente en nuestro país. En aquel caso, la sociedad actora reclamó los daños ocasionados por un incendio en el establecimiento rural que arrendaba, provocado por un brasero de la Empresa Nacional de Telégrafos. La Corte sustentó su decisión en la responsabilidad que le cabía al Estado nacional por los hechos de sus dependientes en ejecución de tareas inherentes a sus funciones. El siguiente paso trascendente de la Corte en esta materia se produjo pocos años después, al fallar el caso “Ferrocarril Oeste c/Pcia. de Buenos Aires”¹⁴ (1938). Allí se condenó al estado local a indemnizar las consecuencias de un error registral que permitió una venta de inmueble luego reivindicado, estableciéndose que el registro de la propiedad de inmuebles es un servicio por cuyo incumplimiento o ejecución irregular debe responderse con sustento en razones de justicia y equidad.

Como bien señalara Reiriz, el campo más extenso donde se desarrolla inicialmente la teoría y la práctica de la responsabilidad estatal son los actos y hechos de los agentes estatales en ocasión o en ejercicio de sus funciones.¹⁵ Una vez establecida la aplicación de los principios de la responsabilidad civil al ámbito de la administración pública y a la actuación de los funcionarios y agentes estatales, el deber indemnizatorio del Estado fue abriéndose camino al perfeccionarse las técnicas de atribución de la conducta individual a los órganos estatales.¹⁶

¹³ “S. A. Tomás Devoto y Cía. c/Gobierno Nacional s/daños y perjuicios”. En la colección de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación figura en *Fallos*, t. 169, p. 111. Véase www.csjn.gov.ar.

¹⁴ “FF.CC. Oeste de Buenos Aires c/Pcia. de Buenos Aires”, *Fallos* 182:5.

¹⁵ Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1969, p. 83.

¹⁶ *Idem*. La teoría del órgano fue desarrollada en Alemania a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, y explica la atribución de la conducta de los individuos a las personas jurídicas por las que actúan, superando las nociones de mandato y representa-

Finalmente, en el caso “Vadell”¹⁷ (1984), la Corte nuevamente acordó la indemnización a un particular afectado por un error registral, pero esta vez fundamentó la responsabilidad estatal en el funcionamiento irregular o defectuoso del Registro, que configuraba una falta de servicio de naturaleza objetiva con fundamento en el artículo 1112 del Código Civil, que, como se vio, es el que establece la responsabilidad personal de los funcionarios. Señaló la Corte que “no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado, realizada para el desenvolvimiento de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”. Con ello, la Corte introdujo la falta de servicio como noción objetiva de atribución, y la técnica de imputación mediante la teoría del órgano, lo cual transforma la responsabilidad del Estado en una consecuencia directa de su actividad, excluyendo la aplicabilidad del artículo 1113 del Código Civil en cuanto establece la responsabilidad indirecta del sujeto por los hechos de su dependiente. A partir de allí repetiría consecuentemente en numerosas oportunidades que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para lograr el fin para el que ha sido establecido y es responsable por los daños causados por su incumplimiento o ejecución irregular”.¹⁸

Si imaginamos la cantidad y diversidad de actos de agentes estatales de cualquier jerarquía que en ocasión de su desempeño son susceptibles de provocar daños, es fácil advertir el número y variedad de supuestos que dan lugar a la responsabilidad directa del Estado por la llamada “falta de servicio”: desde una omisión registral que posibilita una transferencia de domino indebida, hasta la bala perdida de un agente de policía. Si bien la Corte, con la noción de falta de servicio, ha independizado este tipo de responsabilidad de la clásica atribución preliminar de culpa al funcionario, suele volver sobre ella en casos de dolo o evidente negligencia.

De acuerdo con esta concepción, la voluntad del individuo se subsume dentro de la persona jurídica en la que actúa a través de un órgano, que es la suma de la persona jurídica y de la competencia que tiene asignada, la cual es restrictiva. Los órganos carecen de personalidad jurídica, pues ésta corresponde a la persona. Bajo la teoría del órgano es explicable entonces la atribución que se hace al Estado por las acciones de los individuos que componen sus órganos y desempeñan su competencia.

¹⁷ Fallos 300:2036.

¹⁸ Fallos 318:1800; 320:266, entre muchos otros.

cia del agente estatal. Con ello, pareciera que el criterio de la falta de servicio se encuentra dirigido fundamentalmente a liberar al juzgador del análisis de la culpa personal, su configuración y sus elementos eximentes, poniendo el foco en su resultado, que es el servicio defectuoso por la causa que fuera. Por esa causa aparece, a veces, de modo claro y atribuible a un agente culpable, y otras se diluye en la globalidad de la actividad del órgano, con lo cual todavía hoy se discute en la doctrina si la falta de servicio constituye un modo de atribución subjetivo u objetivo.¹⁹

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LÍCITA

La evolución de la responsabilidad estatal recorrió el mismo camino que la propia responsabilidad civil en relación al pasaje de la atribución subjetiva hacia el factor objetivo. La primera responsabilidad, la de “Devoto” y “Ferrocarril Oeste”, era de carácter estrictamente subjetivo. Operaba a partir de acreditar la conducta culpable del agente estatal y de determinar si los actos eran imputables al Estado en virtud de haber sido ejecutados en ejercicio o en ocasión de las funciones asignadas. Luego se incorporó a nuestra jurisprudencia el concepto de falta de servicio, y la responsabilidad por el acto objetivamente ilícito o ilegítimo en comparación con una norma de jerarquía superior, la ley o la Constitución, en su caso. La responsabilidad por un acto estatal ilegal o inconstitucional es considerada un supuesto más de responsabilidad por acto ilícito, pero en todo caso, nos encontramos allí con una franja intermedia en que la ilicitud es ponderada con prescindencia de la conducta particular de los agentes, o de la falta o defecto del servicio. Este tipo de actos que generan responsabilidad ha crecido de la mano de dos instituciones básicas del derecho público: a) la revisión judicial de la actividad administrativa, y b) el control judicial de constitucionalidad de actos y normas. En el primer caso, el orden jurídico otorga a los jueces la facultad de declarar

¹⁹ Entre quienes sostienen la objetividad puede verse: Cassagne, Juan Carlos, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *La Ley*, t. 2000-D, sección Doctrina, p. 1219. En cambio, opina que subsiste la subjetividad: Reiriz, Graciela, “Responsabilidad del Estado”, *El derecho administrativo hoy*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.

la nulidad de actos administrativos. En el otro, la revisión judicial da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de actos estatales de alcance particular o general (leyes, decretos reglamentarios, decretos de rango legislativo,²⁰ etcétera). Si bien ambos sistemas difieren en relación con la sanción de los actos inválidos,²¹ tienen en común que generan idéntico deber de indemnizar al afectado por el acto nulo o inconstitucional, siempre que ello tenga una repercusión patrimonial. Cito como ejemplo el de la ley tributaria que es declarada inconstitucional, supuesto en el que puede verse sin mayor esfuerzo la relación entre inconstitucionalidad y efectos patrimoniales.

Finalmente, el estadio de máxima evolución en la responsabilidad estatal está dado por su deber de indemnizar los daños producidos por su actividad lícita. En este tipo de responsabilidad, dentro del cual analizaré algunos supuestos vinculados con la intervención económica del Estado argentino en la economía, la indemnización se justifica en el daño especial e indebido que coloca a determinado particular a extramuros de la carga pública común y general que le cabe como administrado. Vale decir que carece de sentido en estos casos predicar la ilicitud o el defecto de los actos —particulares o generales— generadores de la responsabilidad, sino que lo que se pondera es la ilicitud objetiva en relación con el daño sufrido, o la “lesión antijurídica resarcible”, al decir de García de Enterría.²² Las cargas públicas, las restricciones de los derechos en pos

²⁰ En la Constitución formal, a partir de la reforma de 1994, y en la práctica constitucional argentina, tienen lugar decretos del Poder Ejecutivo que tienen carácter legislativo. Algunos provienen de la habilitación expresa del Congreso para dictarlos en casos de emergencia pública o en materias específicas de administración, en cuyo caso existe el fenómeno de la delegación legislativa del Congreso en el presidente. Otros, por su parte, nacen espontáneamente del ejercicio de facultades legislativas por parte del Ejecutivo y son llamados decretos de necesidad y urgencia, los cuales, si bien están previstos para situaciones extremas, han sido objeto de un lamentable desborde en nuestro país desde 1989 hasta nuestros días, con la aquiescencia del Congreso, que es a quien correspondería ratificarlos o rechazarlos a la brevedad.

²¹ El régimen de nulidad de los actos administrativos se encuentra configurado en el orden nacional a través de la Ley nacional de Procedimientos Administrativos (núm. 19.549). Con el sistema de control judicial de constitucionalidad, por el contrario, acontece algo similar que con el sistema de responsabilidad estatal: carece de regulación legal y ha sido creado y administrado discrecionalmente por los jueces.

²² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 6a. ed., Madrid, 1999, t. II, pp. 356 y ss.

del orden general, producen algún tipo de menoscabo, a veces económico. Pero resultaría utópico e imposible que el Estado compensara cualquier afectación sufrida por la actividad regular de administración del orden social. La Constitución misma plantea y prevé un caso particular en el que se establece una indemnización a cargo del Estado, que es la expropiación por causa de utilidad pública declarada por el Congreso.²³ La expropiación se establece en el interés general, y es la sociedad, a través del Estado, quien repara al expropiado para garantizar a su respecto la “igualdad en las cargas públicas” que proclama la Constitución (artículo 16, Constitución nacional). Pues bien, todos los casos de responsabilidad estatal por actividad lícita guardan un estricto paralelismo con el fundamento de la expropiación. La atribución en este caso descansa sobre lo que se ha dado en llamar el “sacrificio especial” de aquel particular que, por sus particulares circunstancias de relación con la norma que se ha dictado en interés general, se encuentra afectado de modo especial y diferenciado respecto del resto de la sociedad o grupo afectado.

Además del instituto expropiatorio, la Constitución argentina de 1853, como señala Bianchi, previó otro supuesto de responsabilidad estatal por actividad lícita de carácter general: se trata del supuesto previsto en el artículo 15,²⁴ que reconocía el derecho indemnizatorio de los propietarios de esclavos a quienes la prohibición generaba perjuicios, y a pesar del carácter aberrante de la esclavitud.²⁵ También puede apreciarse aquí un beneficio de carácter general, consistente en establecer un orden constitucional de derechos y libertades, basado en la igualdad de todos los habitantes ante la ley. Asimismo, se verificaba un perjuicio especial de aque-

²³ Artículo 17 de la Constitución nacional: “La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”.

²⁴ Bianchi, Alberto, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, p. 44. El artículo 15 de la Constitución nacional prescribe: “En la nación argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución, y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración”. Esta norma tuvo varios antecedentes preconstitucionales, en especial la formal abolición de la esclavitud declarada por la Asamblea Constituyente de 1813, que garantizó la libertad de los hijos de esclavos nacidos a partir de aquel año. Las protestas de Brasil dieron lugar a que se siguiera tolerando la esclavitud de los sirvientes que llegaron al país con sus propietarios. Por ello continuaba existiendo, aunque mínimamente, la esclavitud en 1853, lo cual motivó el artículo 15.

²⁵ Gelli, Ma. Angélica, *op. cit.*, nota 10.

llos quienes, bajo el amparo del régimen anterior que toleraba la esclavitud, ejercían esta práctica. La Constitución, por ende, establece la reparación de los afectados por la ruptura jurídica provocada por el artículo 15 y por el cambio de régimen, aunque, según veremos, la extensión indiscriminada del principio de los derechos adquiridos bajo el amparo de un régimen jurídico llevaría a peligrosas consecuencias que la Corte se encargó a debido tiempo de delimitar.

De modo que la responsabilidad del Estado por su actividad legítima constituye un supuesto de responsabilidad objetiva y se sustenta en los daños provocados a un sujeto colocado en una situación particular de desigualdad ante una regulación general. Si bien la Corte argentina ya había reconocido indemnizaciones por actos estatales generadores de daños muy específicos y particularizados en cabeza de un demandante, como sucedió en 1909 en el caso “Ferrocarril de Buenos Aires y Puerto de la Ensenada”,²⁶ fue la doctrina del “sacrificio especial” la que otorgó sustento a la responsabilidad estatal por actividad lícita, pues ésta en realidad se presenta difícil de establecer en el caso de actos generales o normas.

El acta de nacimiento del argumento del “sacrificio especial” suele ubicarse en el caso “La Fleurette”, resuelto por el Consejo de Estado francés en 1938,²⁷ y en el cual se condenó al Estado francés a indemnizar a la empresa, fabricante de una crema semiláctea, por los perjuicios que le había provocado una ley del Parlamento que prohibió el expendio del producto para proteger a la industria lechera. El tribunal ponderó el carácter especial del daño, dado que la demandante era la única perjudica-

²⁶ Fallos 111:339. El caso es citado por Bianchi, Alberto, *op. cit.*, nota 24, p. 53. Se acordó allí la indemnización a la actora por el levantamiento de un tramo de la línea férrea que se le había otorgado por contrato de concesión.

²⁷ Francia es el país cuya organización institucional se ha ubicado tradicionalmente en las antípodas del modelo angloamericano. Los estadounidenses crearon un sistema judicialista que posicionó a la judicatura en la jerarquía de poder del Estado, junto con los órganos políticos. Los franceses, en la misma época (fines del siglo XVIII), si bien abolieron la monarquía en 1789, dieron lugar a la soberanía del Parlamento y relegaron a la magistratura —símbolo del viejo régimen— a la menor expresión posible. Depuraron la técnica de la codificación para transformar a los jueces en “bocas inanimadas de la ley”, y crearon el Consejo de Estado, órgano no judicial encargado de juzgar a la administración pública. No obstante su natural limitación inicial, el Consejo de Estado se transformaría con el tiempo en una institución de gran prestigio, fuente del derecho administrativo, y dentro él, de la responsabilidad del Estado en Francia, tal como lo ilustra el caso “La Fleurette”.

da por la ley, y su significancia económica. En la Argentina, el criterio tuvo una insinuación en el fallo “Fisco Nacional c/Arrupé” (1934), donde no se responsabilizó al Estado, pero se dispensó a una proveedora de indumentaria suya del pago de la garantía del contrato por incumplimiento de su prestación, justificado en el aumento de los costos de insumos importados, generado por la devaluación de la moneda provocada en 1933.²⁸

Fue en el caso “Establecimientos Americanos Gratry” (1938)²⁹ donde la Corte desarrolló la noción de especialidad del perjuicio, al negarle la indemnización demandada a un importador afectado por la suba de gravámenes aduaneros. Sostuvo la Corte allí que el daño reclamado, si bien era cierto, carecía de la nota de especialidad necesaria para resultar resarrible.

La primera vez que la Corte otorgó una indemnización de esta especie fue en el caso “Laplacette”,³⁰ generado a partir de los daños que la construcción de un canal, obra inconclusa, había producido en un establecimiento rural.

Con posterioridad, la Corte definió más elaboradamente los presupuestos de configuración de la responsabilidad del Estado por actividad lícita, lo cuales pueden resumirse en: *a)* el daño debe ser actual, cierto y eficazmente probado, y *b)* el accionar del Estado debe ser causa directa, inmediata y exclusiva del perjuicio.

En relación con el alcance de la reparación, no se encuentra anclado todavía a una regla sistemática, sino que es establecido caso por caso, según la proporción del sacrificio especial y, por supuesto, las consecuencias del veredicto para las arcas del Estado, caja común por cuyo resguardo la Corte también debe velar, al ser un órgano más de gobierno.

²⁸ En la década de 1930 comienza en la Argentina la era de la intensa intervención del Estado en todos los aspectos de la economía. En 1933, a fin de regular el comercio exterior y proteger a los ganaderos locales, se creó un doble mercado de cambios. En uno, controlado primero por la Comisión de Control de Cambios y por el Banco Central a partir de 1936, se liquidaban las divisas provenientes de exportaciones. Esto obviamente hizo subir el precio de la divisa en el mercado libre, con lo cual las importaciones que no figuraban en una lista de prioridades debían soportar un tipo de cambio mucho más alto que el oficial, como era en el caso de Arrupé (Rapoport, Mario, *Historia económica, política y social de la República Argentina*, Buenos Aires, Macchi, 2000, p. 247).

²⁹ Fallos 176:111 y 180:107.

³⁰ Fallos 195:66.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU INTERVENCIÓN LÍCITA EN LA ECONOMÍA

1. *El poder de policía económico*

El capítulo de la responsabilidad del Estado en la Argentina por su intervención en la economía tiene un familiar directo, que es la construcción jurisprudencial del concepto de “poder de policía”. Como es sabido, la noción fue introducida en 1827 por el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Brown vs. Maryland”, pero es conocida desde hace mucho tiempo.

El poder de policía o *power police* es el poder estatal para reglamentar los derechos, partiendo de que los derechos no son absolutos, lo cual se infiere de nuestra Constitución al indicar que “se ejercen de acuerdo a las leyes que reglamentan su ejercicio” (artículo 14). La expresión “poder de policía” se incorporó rápidamente al vocabulario jurídico y son numerosas las obras que se dedican a estudiarlo y clasificarlo. Su identificación en el mundo jurídico es sumamente sencilla; basta para ello con apreciar la innumerable cantidad de reglamentaciones legales y sublegales que nos rodean. Desde las condiciones para habilitar un local comercial hasta las normas sobre edificación urbana, ejercicio profesional, de la industria y del comercio, los servicios públicos, el uso del espacio, entre muchos otros ejemplos. Todo ello es “poder de policía”. Sin embargo, tradicionalmente se ha dicho que existe un poder de policía en sentido estricto, aquello necesario para garantizar la salubridad, la moralidad pública y la seguridad, y una concepción amplia según la cual es poder de policía toda regulación que persiga el interés comunitario o bienestar general. Esta tesis ha ganado terreno y se terminó de instalar a partir de la década de los años treinta, cuando, luego de la gran depresión y la crisis económica mundial, los Estados comenzaron a intervenir activamente en la economía y en las relaciones privadas.

El poder de policía “amplio” tuvo carta de bautismo en la jurisprudencia estadounidense y también en nuestro país, y llegaría para quedarse en nuestro derecho constitucional de la mano de la doctrina de la emergencia económica.

Correlativamente, el control judicial ha desarrollado una técnica argumental que se ha dado en llamar “control o test de razonabilidad”.³¹ El control de razonabilidad amplio supone el examen de la mera adecuación, proporcionalidad o eficacia del medio (norma) respecto de su finalidad, la cual, obviamente, debe ser legítima. Este temperamento se complementa con aquel que sostiene que los jueces deben evitar pronunciarse sobre el acierto o el mérito de las medidas adoptadas por los otros poderes, bajo riesgo de sustituirlos e invadir su esfera, alterando el equilibrio de poderes. La razonabilidad en sentido estricto, por su parte, supone un juicio más riguroso de la norma, no bastando su mera “eficacia” o “adecuación”, sino que debe tratarse de un medio ajustado, y en la más extrema de las posiciones, debe ser “necesario”. Esto último, llamado por algunos “control de necesidad”, consiste en determinar si la elección de la medida es estrictamente necesaria para cumplir el fin que se propone, o bien, si es la menos restrictiva de los derechos involucrados. En la jurisprudencia estadounidense este esquema ha tenido desarrollo al punto que se han clasificado distintas categorías de derechos a cuyas limitaciones se aplican diferentes grados de control. Las restricciones económicas son las menos controladas, sujetas al test amplio, mientras que los derechos sensibles (igualdad, libertad de expresión, libertad religiosa, intimidad, etcétera) suelen estar protegidos por estándares rigurosos, en los que cualquier reglamentación que los limite es considerada “sospechosa” y se la presume ilegítima salvo que se demuestre una estricta necesidad de establecerla.

El “poder de policía” económico suele vincularse con las urgencias del Estado como gran árbitro interventor de la economía y principal asistente social. Se inscriben en este género la política tributaria, las restricciones al comercio exterior, el control de la tenencia y compraventa de divisas extranjeras, la reglamentación del comercio interno, la planificación de la actividad industrial, y la paternidad sobre el régimen monetario y el sistema financiero.

La aceptación jurisprudencial del poder de policía económico se verifica por primera vez en nuestro país al fallar la Corte el caso “Ercolano c.

³¹ El control de razonabilidad es en realidad una construcción doctrinaria a partir de la sistematización de la jurisprudencia de la Corte. En tal sentido, se ha diferenciado el control de razonabilidad amplio frente al estricto, y más aún, la razonabilidad técnica y la jurídica.

Lanteri de Renshaw” en 1922,³² precisamente mediante un esquema de control de razonabilidad “amplio”, como ya se verá. A partir de allí, el

³² En “Ercolano”, la Corte avaló la constitucionalidad del artículo 1o. de la Ley 11.157 en cuanto establecía: “desde la promulgación de la presente ley y durante dos años, no podrá cobrarse por la locación de las casas, piezas y departamentos destinados a habitación, comercio o industria en el territorio de la República, un precio mayor que el que se pagaba por los mismos el 1o. de enero de 1920”, es decir, prohibía durante dos años cobrar por la locación de inmuebles un precio mayor que el pactado por alquiler al 1o. de enero de 1920. La Corte dilucidó la cuestión planteada: si la limitación impuesta por la reglamentación legal al alquiler o renta del inmueble era compatible con el derecho de “usar y disponer de la propiedad” que reconoce a todos los habitantes el artículo 14 de la Constitución nacional. El fallo, ordenadamente argumentado, se sustentó en los siguientes pilares: a) El derecho de usar y disponer de la propiedad no es, así como ninguno, absoluto, y puede ser reglamentado por razones de orden público, salud y moralidad colectiva, o intereses económicos generales, tal como lo establece en numerosos supuestos la legislación común (plazos máximos y mínimos para las locaciones, plazos de prescripción para ejercer las acciones, limitaciones propias del régimen de derechos reales, etcétera). b) Existe una categoría —“reglamentaciones económicas”—, en especial las referidas a precios y tarifas, sobre las cuales el Estado debe abstenerse siempre que medien condiciones normales, esto es, cuando opera “el regulador común, la competencia”; pero si por circunstancias excepcionales la propiedad privada se convierte en objeto de “intenso interés público”, y existe una situación de monopolio u opresión, el Congreso puede intervenir. c) En tales casos, la limitación a la propiedad debe ser temporal y evitar afectar la sustancia del derecho, es decir, la posibilidad latente de transmitir o ceder la propiedad. d) En el caso, la libertad económica, la tranquilidad y aún la salud de la población dependía en gran parte de la normalización y de la estabilidad del alquiler. En tales condiciones, la locación no es un negocio de mero interés privado. e) La validez de esta regulación encuentra apoyo en la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense (v. gr. “Munn v. Illinois” [94 U. S. 113], sobre fijación de tarifas a las empresas elevadoras de granos en la ciudad de Chicago, que ejercían un monopolio; “Granger Cases” [94 U. S. 155 y siguientes], referidos a las tarifas de los servicios ferroviarios, y “Spring Valley Water Works v. Schottler” [110, U. S. 347], sobre tarifas por el suministro de agua, además del precedente Block v. Hirsh, del 18 de abril de 1921, en el que se convalidó una ley del mismo carácter dictada en el distrito de Columbia). f) La ley encuentra sustento fáctico en “la crisis de la habitación... observad(a) en los últimos años”, como consecuencia de lo cual “ha sobrevenido el encarecimiento y la especulación en el precio de los alquileres”, “situación (que) ha provocado la intranquilidad de los sectores de menores recursos, llevando a la mayoría de la población a un estado de angustia en que el alquiler y la perspectiva de su aumento constituían la obsesión”. Todos estos hechos —afirmó la Corte— “son de notoriedad pública” y comprometen “los intereses más esenciales para la vida, más indispensable que cualquier servicio público...”, “mucho más intenso por cierto que el que puede despertar un elevador de granos o un ferrocarril”. g) Sin perjuicio de ello, “no es del resorte del Poder Judicial decidir del acierto de los otros poderes públicos en la elección del medio empleado para conjurar esa situación crítica, ni de las consecuencias de orden económico que puedan derivar de la aplicación de la ley.

tribunal acompañaría con permisividad y tolerancia la gran cantidad de manifestaciones que los poderes de emergencia han tenido en nuestro derecho, hasta transformarlo en un estado no ya de excepción, sino crónico y permanente, con su secuela de restricción al derecho de propiedad y a las libertades económicas que ha signado gran parte de nuestra historia contemporánea. Los fallos del alto tribunal que dan cuenta de ello constituyen una síntesis extraordinariamente ilustrativa de la vocación del Estado argentino por intentar paliar las frecuentes crisis de su economía a través de la intervención y regulación en la órbita de las personas, sea que fueren productores, empresarios, deudores hipotecarios, locadores, exportadores, importadores, acreedores del Estado, ahorristas, depositantes de dinero en los bancos o simples asalariados.

Desde aquel año hasta la fecha, la Corte no opuso reparos a medidas tales como reducción y congelamiento de precios de alquileres acordados en contratos privados, prórroga compulsiva de contratos de locación urbana, concesión de moratorias generales para las obligaciones hipotecarias y reducción de sus intereses,³³ suspensión de desalojos con sentencia

Le incumbe únicamente pronunciarse acerca de los poderes constitucionales del Congreso para establecer la restricción al derecho de usar y disponer de la propiedad que encierra la ley impugnada, teniendo para ello en cuenta la naturaleza, las causas determinantes y la extensión de la medida restrictiva”.

³³ El caso es “Avico Óscar Agustín c/De La Pesa Saúl s/consignación de intereses”, del 7 de diciembre de 1934. Se discutió allí la validez de la Ley 11.741, en cuanto dispuso la prórroga por tres años de las obligaciones hipotecarias vencidas y ejecutables, y la reducción de los intereses al 6% durante el mencionado plazo. Nuevamente el Congreso intervino en los efectos de contratos privados, y la Corte avaló la restricción con sustento en los poderes generales de reglamentación atribuidos al Congreso en aras del “bienestar común” o “interés general”, y la finalidad perseguida por la ley controvertida, tendente a evitar las consecuencias económicas negativas si se permitiera que los acreedores hipotecarios ejecuten sus contratos, ocasionando la desvalorización general de la propiedad inmueble que repercutiría sobre la economía del país. Señaló la Corte: 1) que el conflicto entre acreedores y deudores trascendía la esfera individual, al poner en riesgo una de las fuentes de la riqueza nacional; 2) la moratoria dispuesta no ataca la propiedad, que se mantiene con todos sus atributos, sino que sólo posterga su goce sin extinguir el derecho; 3) los requisitos de la reglamentación de emergencia son: *a)* que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; *b)* que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; *c)* que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; *d)* que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria; 4) la Corte realiza el test de razonabilidad de acuerdo a un criterio amplio, tal

firme, fijación de precios máximos, asociación y contribución obligatoria a entes de regulación sectorial (carne, azúcar, algodón, yerba mate, tabaco, etcétera),³⁴ y otras restricciones fundadas en el interés o bienestar general y en la emergencia social o económica. Cuando la Corte avaló la obligación legal de contratar artistas de variedades en las salas de cine (caso “Cine Callao”, 1960), alcanzó un punto crítico en el cual el derecho de usar y disponer de la propiedad y las libertades económicas parecieron revestir para el tribunal un reconocimiento constitucional simbólico, carente de cualquier contenido y alcance, manipulables por vía de cualquier excusa y pasibles no ya de restricciones pasivas, sino también de deberes activos acerca de lo que los particulares debían hacer con su patrimonio, su actividad comercial o profesional, y con su plan de vida.

Hasta la década de los años ochenta, el comportamiento permisivo del tribunal coincidió con la tendencia mundial de los gobiernos de intervenir activamente en la economía mediante la regulación y la planificación estatal. Los Estados Unidos no fue un país ajeno a dicha corriente, pero allí, el presidente Roosevelt encontró serios problemas en la Corte para que las leyes de *new deal* que propiciaba superaran el test de constitucionalidad que un grupo de jueces ancianos y conservadores estaba dispuesto a tolerar.³⁵

En la era de la desregulación y el repliegue del Estado como actor protagonista de la economía, experimentada en nuestro país a partir de 1989, la Corte profundizó particularmente su preferencia por el *acompa-*

como había insinuado en “Ercolano”. “Así, la emergencia no permitiría a un estado tener más de dos senadores en el Congreso”, ejemplifica la Corte como un medio que manifestamente no se adecuaría, situación en la cual podría intervenir. La única cuestión que la Corte debe analizar es si la legislación está dirigida a un fin legítimo, y si las medidas adoptadas son razonables y apropiadas para esa finalidad.

³⁴ Con igual tenor, en “Inchauspe” la Corte sostuvo: “...en el presente caso, la agremiación obligatoria de los ganaderos no aparece como una imposición arbitraria o caprichosa del legislador, sino como el medio de salvaguardar sus intereses y también los de todos los habitantes del país y la economía nacional, afectados por la crisis de la ganadería... En nombre de un remoto interés privado no sería posible cerrar los ojos ante el interés público y el positivo de millares de ganaderos empeñados en la defensa de la ley tachada de inconstitucionalidad”.

³⁵ Ello dio lugar a lo que se ha conocido como *Court Packing Plan*, o plan para empaquetar a la Corte, que no fue otra cosa que un proyecto de Roosevelt para ampliar el número de miembros en el tribunal y lograr una mayoría afín a sus políticas de intervención en la economía.

ñamiento a los órganos legislativo y ejecutivo —casi como una tendencia natural, especialmente a este último—, hasta llegar incluso por momentos a incidir activamente en sus políticas por la garantía de permisión ilimitada que parecía transmitir el tribunal desde 1990, ampliación de sus miembros mediante.³⁶

Pues bien, el rechazo de la responsabilidad del Estado por su intervención en la economía constituye un subcapítulo del rol que la Corte ha cumplido en relación con el poder de policía económico.

Desde un punto de vista académico de extrema pureza, la posición adoptada por la Corte en este periodo ha sido entendida como ratificatoria de su carácter eminente e indudablemente político y de su función institucional como poder del Estado, rasgo señalado desde antiguo por nuestra doctrina constitucional,³⁷ y mucho de esto hay también en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, ya que, como dije más atrás, la Corte también es guardián de la caja y administradora de los recursos no sólo para el presente sino fundamentalmente para las generaciones venideras.

Veamos dónde ha puesto el péndulo la Corte en diversos casos de reclamo de responsabilidad por la intervención estatal en la economía.

2. Devaluación de la moneda

Dentro del universo casuístico de la responsabilidad estatal por actividad lícita, existe un tipo de casos de particular interés y presencia en la Argentina de los últimos treinta años, configurado por los daños genera-

³⁶ La Ley 23.774 aumentó de cinco a nueve el número de integrantes del tribunal, con la indisimulada finalidad de asegurar una mayoría de jueces afines al programa de gobierno puesto en marcha por la administración del presidente Carlos S. Menem.

³⁷ Algunas de las obras clásicas dedicadas a enfatizar la dimensión política de la Corte son las de Oyhanarte, Julio, “Historia del Poder Judicial”, Revista *Todo es Historia*, núm. 61, mayo de 1972; Vanossi, Jorge Reinaldo, “La Corte Suprema: ¿tribunal o poder?”, separata de la Revista *Jurídica de San Isidro*, III-1969; Cueto Rúa, Julio C., *La Corte Suprema como poder del Estado*, LL-1987-863. Más acá en el tiempo, con distintas perspectivas: Oteiza, Eduardo, *La Corte Suprema*, La Plata, Platense, 1994; Gabrielli, Adolfo, *La Corte Suprema de Justicia y la opinión pública*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986; Bianchi, Alberto B., *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*, LL-1997-B-994; Santiago, Alfonso (h), *La Corte Suprema y el control político*, Buenos Aires, Ábaco-Austral, 1999; Pellet Lastra, Arturo, *Historia política de la Corte (1930-1990)*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

dos en la devaluación de la moneda abruptamente dispuesta o permitida por el Estado, o bien producida a la sombra de su fracaso en el intento de control y regulación del mercado cambiario.

A. La devaluación de 1981

En los años ochenta, las escaladas de precios en la Argentina comienzan a estar asociadas a la variación del tipo de cambio, es decir, al aumento del precio pagado en moneda nacional por el dólar estadounidense, que en definitiva constituye un bien más de la economía sujeto a los vaivenes de la oferta y la demanda. La experiencia inflacionaria en las décadas pasadas³⁸ había convertido al dólar en la mejor garantía del ahorrista o asalariado contra la casi permanente depreciación de la moneda nacional. Las operaciones a largo plazo se pactaban y concertaban en dólares, de modo de no perder su valor económico real y a fin de evitar la engorrosa tarea de la actualización, o la abstracta indexación, cuyas pautas eran tan imprevisibles como imprevista era la evolución inflacionaria. A su vez, gran parte de las maniobras y operaciones financieras especulativas estaban vinculadas al valor de la divisa. Una de las explicaciones del fenómeno era, sin duda, la falta de una regulación legal estable y permanente de la política monetaria, la que entonces era manejada discrecionalmente por los gobiernos a tenor de la coyuntura y de las necesidades de corto plazo. El Banco Central de la República Argentina, autoridad emisora de la moneda y a cuyo cargo se encuentra la defensa de su valor, fue hasta 1991 una autoridad sumamente dependiente, funcional y políticamente; un apéndice del Ministerio de Economía sin mayor margen de acción propio o autónomo para la consecución de sus fines. En tal contexto, era usual que el Banco Central emitiera moneda por orden del gobierno, al cual “prestaba” dinero en forma de redescuentos, actuando en realidad como financista del déficit presupuestario. A su vez, el ordena-

³⁸ Entre 1973 y 1975, bajo la tercera presidencia de Juan Domingo Perón, tuvo lugar un régimen de control de precios y regulación de cambios que desencadenó la crisis inflacionaria recordada como “Rodrigazo”, en referencia al ministro de Economía, Celestino Rodrigo, bajo cuyo mando se produjo la estampida inflacionaria. La Argentina ocupó el segundo lugar en el mundo de tasa de inflación promedio entre 1980 y 1986, con 365,2% anual, únicamente superado por Bolivia (638,7%) y seguido por Israel (182,9%), con lo cual se omite tomar el índice de 5.000% anual producido en 1989. Fuente: Banco Mundial.

miento legal en general, y los contratos entre particulares, asumían la indexación y los mecanismos de actualización monetaria como modos normales y naturales para mantener el valor real de cualquier suma de dinero que figuraba en textos legales o contractuales.

En 1991, luego de que Argentina sufriera dos periodos hiperinflacionarios en menos de dos años, el Congreso Nacional sancionó la Ley 23.928, más conocida en nuestro país como “ley de convertibilidad”, porque fue la base sobre la que se sostuvo la paridad fija entre el peso y el dólar durante algo más de diez años. Si bien, en dicho aspecto, las disposiciones pertinentes de la ley fueron derogadas por la ley de emergencia de enero de 2002 (25.561), la ley de convertibilidad introdujo una serie de disposiciones que constituyen la columna vertebral del régimen monetario que aún continúa vigente en la Argentina. En primer término, adecuó convenientemente la carta orgánica del Banco Central de la República Argentina, convirtiéndolo en una autoridad autónoma, y en segundo lugar estableció el principio nominalista según el cual se encuentra prohibido todo mecanismo de indexación, actualización o repotenciación de sumas de dinero.

Pero volviendo a 1981, tenemos que desde aquella época una de las prioridades de los gobiernos es mantener bajo control el precio del dólar, lo cual se fundamentaba al menos en dos razones: 1) el incremento del precio del dólar es la causa más eficiente de la inflación, por arrastrar consigo los precios de otros bienes y servicios, y 2) el valor de la divisa se había convertido, tal como lo sigue siendo hoy en día, en el índice que determina el mayor o menor grado de protección del Estado a la industria nacional. Un dólar alto alienta las exportaciones a la vez que encarece la importación de productos extranjeros. El dólar bajo provoca la inundación de bienes importados con su secuela de perjuicio para los productores nacionales. El ideal entre ambos extremos, difícil de lograr como todo equilibrio que pasa por el corazón de intereses polarizados, es lograr un dólar previsible para las inversiones, estable para contener los precios, suficientemente alto como para proteger elementalmente la industria nacional, pero no al punto de provocar el letargo y la falta de competitividad de los productores locales. Los controles y las regulaciones intentadas en tal sentido, eficientes por algún tiempo según el periodo que se analice, encuentran como denominador común que terminaron siempre provocando un punto de quiebre o incremento súbito de la divi-

sa, cuyo valor era comprimido bajo artificiosas regulaciones estatales. A partir de que el precio del dólar pasa a ser objeto de decisivas regulaciones estatales, surge la necesidad de analizar la responsabilidad del Estado por el daño causado a particulares sorprendidos por súbitas devaluaciones, cuando confiaban en la solvencia de la acción estatal de control.

Los referidos dispositivos de control o regulación de la divisa, bajo los dos propósitos esenciales que mencioné, encuentran su primer antecedente en el sistema de “la tablita”, puesto en marcha por el gobierno *de facto* instalado en 1976. Con el propósito de mejorar la competitividad del sector privado, el gobierno lanzó un plan de apertura económica. Como sucede en esos casos, los aranceles a la importación fueron rebajados o eliminados, facilitándose la importación de bienes de capital y la financiación en moneda extranjera a través de préstamos en entidades extranjeras que ofrecían notables ventajas competitivas en relación con las condiciones del mercado local.³⁹ El instrumento fundamental del gobierno para lograr su objetivo fue un régimen de predeterminación de cambios, que consistía en un cronograma de la variación de la cotización de la divisa dentro de un periodo determinado, base obligada de cambio para las operaciones en dólares. A través de “la tablita” el gobierno procuraba garantizar la financiación empresarial y la planificación del pago de deudas, aventando los temores y el riesgo de la estampida cambiaria imprevista. En forma periódica se publicaban una tablas que anticipaban las variaciones en la cotización del dólar durante cierto lapso, siempre que se mantuvieran las “condiciones del mercado de cambios”.⁴⁰ Esto funcionó

³⁹ El costo del crédito interno se ubicaba entre los más caros del mundo (32% anual entre septiembre de 1979 y agosto de 1980). *Cfr.* Carbajal, Celestino, “Rentabilidad, tasas de interés y supervivencia de la firma”, *Desarrollo Económico*, vol. 20, núm. 79, octubre-diciembre de 1980.

⁴⁰ La circular RC 807, emitida por el Banco Central el 21 de diciembre de 1978, estableció que “...manteniéndose las actuales condiciones del mercado de cambios, a partir de la fecha y hasta el 31 de agosto de 1979, regirán las cotizaciones diarias que en el anexo se detallan, referidas a tipo comprador contado para transferencia del dólar estadounidense”. En estos términos, la circular inauguraba en la Argentina la instrumentación de un novedoso sistema de predeterminación de los tipos de cambio de la moneda argentina en términos de una divisa: el dólar estadounidense. El anexo contenía “la tablita”, esto es, un esquema de cotizaciones diarias que implicaban pequeños incrementos y una devaluación de nuestro signo monetario de aproximadamente 5% para el primer mes —enero de 1979— y de 3,5% hasta agosto de aquel año, es decir, paulatinamente decreciente. Antes de cumplir los cuatro meses, el 9 de abril de 1979, el Banco Central dictó una nue-

con cierta eficacia durante dos años, pero a principios de 1981 el sistema entró en crisis —en perjuicio de ahorristas e inversores endeudados en moneda extranjera—⁴¹ y se interrumpió súbitamente su aplicación, a lo que siguieron varias devaluaciones practicadas por el gobierno.

En marzo, nuevas autoridades asumieron el manejo de la economía, intentando corregir el desvío y mantener el esquema cambiario,⁴² pero la crisis fue irreversible y el sistema sucumbió, con un valor dólar que triplicaba a su equivalente en pesos en la época de la tablita, lo que demostró que el valor de la divisa no podía ser objeto de cálculo y predicción a través de la actividad normativa del Estado, dado el alto grado de volatilidad de los mercados libres y marginales de cambios. El final del sistema generó descontrol en materia cambiaria y cimbronazos en la economía de los sectores público y privado, aumento del índice inflacionario y desequilibrio en las finanzas. Pero en lo que aquí se refiere, el colapso cambiario dejó un tendal de perjudicados que, en su expectativa o confianza⁴³ en el mantenimiento del sistema, habían asumido compromisos en dólares.

va circular —RC 832— que fijó los valores hasta el 31 de diciembre. La circular RC 853 (1o. de octubre de 1979) continuó el régimen, fijando cotizaciones hasta el 1o. de agosto de 1980, y manteniendo el ánimo de devaluación decreciente, disponiendo que ésta sería del 2,8% en enero de 1980, e inferior en los periodos mensuales posteriores. La circular RC 907 del 16 de septiembre de 1980 se propuso estabilizar la devaluación mensual en un porcentaje fijo de 1%, y finalmente la circular RC 916 (10 de diciembre de 1980) prolongó la misma pauta hasta el 31 de marzo de 1981. La circular RC 929, dictada el 2 de febrero de 1981, modificó los porcentajes devaluatorios para febrero y marzo de aquel año, y rompió con el programa.

⁴¹ El perjuicio fundamental residió en la diferencia existente entre la cotización prevista en la tablita y el cambio real al que se pagaba la divisa y en función del cual debieron cancelarse intereses y vencimientos con posterioridad a la ruptura del régimen. Tales deudas incrementaron fuertemente su equivalente en pesos, a partir de las devaluaciones ocurridas en el primer semestre de 1981.

⁴² En tal contexto, existió una frase atribuida al ministro sucesor de Martínez de Hoz, Lorenzo Sigaut, que se recuerda con triste celebridad: “El que apuesta al dólar pierde”. La realidad indicó que en forma concomitante y posterior a la intención del gobierno de crear seguridad en torno al sistema de control de cambios, quienes especularon con el aumento del dólar se enriquecieron y se perjudicaron aquellos que comprometieron obligaciones en dólares con base en las previsiones de la economía.

⁴³ Un tratamiento exhaustivo de la doctrina respecto a la confianza legítima puede verse en Coviello, Jorge José, *La protección de la confianza del administrado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.

B. Los casos “Revestex” y “Cirlafin”

Algunos afectados llevaron su reclamo a los tribunales. La Corte Suprema, mediante los fallos “Revestex”⁴⁴ y “Cirlafin”, del 15 de agosto de 1995, sintetizó la visión jurisprudencial de este problema en la Argentina, y cerró un círculo vinculado a esta cuestión que ya tenía precedentes en los que se venía gestando su doctrina final.⁴⁵

Revestex operaba comercialmente desde 1969 e inició en 1978 la importación de acero inoxidable que le era provisto por la firma British Steel Corporation, sobre la base del sistema cambiario vigente. Dichas operaciones obviamente eran pactadas en moneda extranjera y abonadas a los 180 días de la fecha de embarque de la mercadería. Así funcionó la importación hasta que el 2 de febrero de 1981 el Banco Central emitió una circular (núm. RC 929) mediante la cual devaluó el peso en 10% en relación con la tabla de paridades vigentes hasta el 31 de agosto de ese año, la que, según sostuvieron las autoridades de la época, se mantendría en tales condiciones. Sin embargo, el 2 de abril el Banco Central dictó una nueva circular (Comunicación A-16) que significó la modificación del sistema. A partir de allí, la autoridad financiera estableció la cotización del dólar día por día, de lo cual resultó que al término del semestre la paridad así determinada arrojó un 30% de devaluación del peso en relación a la paridad prevista en la tabla que debía regir hasta agosto. Como consecuencia del desfase cambiario, la empresa cesó sus pagos y se presentó en concurso preventivo en mayo de 1981. Años después inició una demanda contra el Estado nacional con fundamento en los daños que le había causado su accionar súbito e intempestivo en la regulación cambiaria.

La Corte revocó la sentencia apelada que había reconocido parcialmente el reclamo, y rechazó la demanda. En primer lugar, reprodujo un principio largamente sostenido en numerosos precedentes, según el cual “nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes y reglamentaciones. En consecuencia, es particularmente severa la aplicación de los principios de derecho administrativo que hacen a las consecuencias patrimoniales de la revocación por la administración de un acto de alcance general y a la responsabilidad por actos estatales normativos”. A conti-

⁴⁴ Fallos 318:1531.

⁴⁵ Entre otros, es relevante el caso “Buenos Aires Eximport” (1993), Fallos 316:401.

nuación, la sentencia establece que el nudo por el que pasa la resolución del caso consiste en determinar si se había producido una lesión a una “situación jurídicamente protegida”, esto es, un derecho adquirido al mantenimiento de la pauta cambiaria. La Corte concluye que dicho estatus no se verifica en relación con la actora, pues el acto al que le atribuye el daño

...no fue el primero que sorprendió la confianza que el administrado había depositado en una determinada política económica o cambiaria, pues la circular RC 807 del 21 de diciembre de 1978 expresamente destacó en su texto que las pautas fijadas para la cotización de divisas se mantendrían en tanto subsistiesen las condiciones del mercado, y con posterioridad diversas circulares del ente oficial introdujeron modificaciones en la determinación de la paridad cambiaria hasta llegar a aquella en la que la actora funda su derecho.

Todo ello —continúa la Corte— “no es sino evidencia de la inestabilidad del precio de la moneda extranjera en el mercado argentino, dato que debió ser advertido por una empresa comerciante dedicada al comercio internacional”.

C. Crítica

El pronunciamiento de la Corte en estos casos ha dejado una sensación de fragilidad que es imposible disimular. En especial, los fallos merecen las siguientes críticas:

- 1) La Corte argumenta que la devaluación es una circunstancia difundida y que pertenece al riesgo empresario. Sin embargo, salvo algunos periodos, la devaluación no es un fenómeno permanente, sino que se precipita súbitamente e interrumpe etapas de sosiego inflacionario, como fue el periodo 1978-1980, en el que la actividad del gobierno en tal sentido tuvo relativo éxito. Si extendiésemos tal criterio al extremo nos encontraríamos con que cualquier medida de gobierno tendente a otorgar seguridad a los inversores sería infructuosa, pues existe un álea permanente que es la devaluación monetaria y de cuyas consecuencias el Estado no se hace responsable ni siquiera cuando ha asumido activamente el control cambiario y la

definición del valor de la divisa, situación sustancialmente distinta en un régimen de libre cambio donde el Estado limita su accionar a ofertar y demandar divisas como cualquier otro actor de ese mercado.

A mi juicio, desde tal punto de vista, el fallo no se consubstancia con elementales principios de seguridad jurídica y previsibilidad.

- 2) Que la devaluación no está dirigida a un sector de la sociedad constituye una verdad de Perogrullo. Si así lo fuera, se convertiría en una medida discriminatoria. Es cierto que la mayoría del cuerpo social la padece, especialmente los trabajadores asalariados que ven depreciar el poder adquisitivo de sus ingresos. Pero considero que no podía desatenderse en el caso que el propio Estado nacional había colocado a las demandantes en una situación diferente del resto de la sociedad. Facilitó e impulsó las importaciones que llevaban a cabo las empresas de que aquí se trata, en el marco de los fines de política económica de la época, y diseñó un mecanismo específico tendente a dotar de previsibilidad las operaciones que terminaron generando el perjuicio. En tal sentido, puede hablarse incluso, en este caso, de falta de servicio objetiva del Estado, pues siendo explícito el propósito de mantener una pauta cambiaria por seis meses, la administración omitió prever las condiciones de mercado que convertirían en fútiles sus predicciones.
- 3) Vinculado con lo anterior, es mi opinión que en el caso sí existió una situación jurídicamente protegida. Un estatus protegido no equivale a un “derecho adquirido”, como pregonaba la Corte, tal como si la actora hubiese reclamado un derecho al mantenimiento de la pauta cambiaria. De ser así, nos hubiésemos encontrado en el andarivel de la responsabilidad ilícita, pues aquel que reclama la inaplicabilidad de una norma para sí no hace más que solicitar su inconstitucionalidad para el caso, inherente a nuestro sistema de control de constitucionalidad (el efecto *inter partes* de la sentencia). Sin embargo, la Corte encuadró el caso desde los principios de la responsabilidad por actividad lícita, en donde no cabe hablar de derechos adquiridos y daños antijurídicos sino de situaciones amparadas, que no son derechos incorporados al patrimonio sino expectativas razonables fundadas en la confianza legítima, cuyo quebrantamiento amerita una prudente reparación.

- 4) El alcance de la reparación debe ser debidamente moderado en virtud de la existencia de medios de precaución en la época, tales como los seguros de cambio, según señala el voto de los doctores Petracchi y Boggiano.

3. La hiperinflación de 1989 y el Plan Bonex

La política económica del gobierno constitucional asumido en 1983 tuvo su centro en el programa de estabilización y cambio de signo monetario inaugurado el 14 de junio de 1985, que logró algunos resultados inmediatos, como el control de la inflación durante más de un año, pero, sin atacar los elementos estructurales de la patología inflacionaria, sumergió al país en una nueva crisis de esa índole, la cual se hizo especialmente intensa a partir de febrero de 1989 y terminó con el gobierno en julio de ese año.⁴⁶

Los meses de junio y julio de 1989 arrojaron una hiperinflación diaria y mensual de proporciones desconocidas (197% en julio) hasta entonces en nuestro país, lo que provocó la desarticulación total de la cadena de pagos.

El nuevo gobierno, asumido el 8 de julio de 1989, activó profundas reformas económicas de desregulación y liberación de los mercados, entre ellos el mercado de divisas. Liberado el control de cambios, la acción del Ministerio de Economía y del Banco Central se dirigió a deprimir la demanda de dólares, que es en definitiva el fenómeno que empuja su precio. Sin embargo, el medio utilizado para ello fue la emisión monetaria.

El Banco Central se empeñó durante el segundo semestre de 1989 en distraer la demanda de dólares a través de altas tasas de interés para los depósitos en moneda nacional, más favorables que la utilidad que pudiera obtenerse por la compra-venta de dólares en época de inflación. Esas tasas de interés ofrecidas por las entidades bancarias eran mantenidas a través de los encajes bancarios del Banco Central, posibilitados por vía

⁴⁶ El 14 de mayo de 1989, Carlos Menem se alzó con el triunfo en las elecciones presidenciales. El traspaso de mando del presidente en funciones Raúl Alfonsín a Menem debía producirse el 10 de diciembre de aquel año, pero los hechos desencadenados en mayo y junio precipitaron la asunción del candidato electo el 8 de julio, con la esperanza de que un nuevo gobierno tuviera la capacidad de actuar con renovado poder para generar un plan antiinflacionario eficaz que frenara los efectos devastadores de la hiperinflación instalada.

de emisión. En tales condiciones, la rentabilidad de los depósitos debía superar a la inflación y garantizar el poder adquisitivo de la moneda al igual que la tenencia de dólares, más un plus de ganancia por intereses.

El 13 de diciembre de 1989 se desencadenó una estampida del precio del dólar y de la inflación en forma de espiral. Nuevamente el país era aquejado por un círculo perverso de retroalimentación inflacionaria (dicho mes cerraría con un índice del 40,1%). El jueves 28 de diciembre la situación tocó fondo: las tasas de algunas imposiciones superaban el 100% mensual. El viernes 29 fue un día sin operaciones bancarias ni financieras por ser el último día hábil del mes en el que las entidades efectúan las tareas de cierre de ejercicio. Durante ese día y el largo fin de semana subsiguiente, se escuchaban todo tipo de especulaciones en relación con el valor del dólar con que abriría el mercado el martes 2 de enero. El gobierno dispuso feriado bancario para los días 2 y 3 de enero, acrecentándose los rumores y el clima de especulación. Finalmente, el viernes 5 se publicó el Decreto 36/90, dictado el 3 de enero.

A través de esa norma, el gobierno decidió cortar el círculo perverso inflación-tasas-emisión, a través del retiro compulsivo de masa monetaria circulante en pesos. El modo que encontró a la mano para concretarlo fue la conversión de depósitos a plazo fijo en títulos de deuda pública. El gobierno cambió el equivalente a 2,550 millones de dólares⁴⁷ de plazos fijos retenidos en los bancos a altas tasas de interés por Bonex 1989, con lo cual logró “secar” la plaza de circulante monetario, desacelerándose la inflación notablemente a partir de abril de 1990.

A los depositantes en el sistema financiero les fue devuelto su dinero mediante un bono nominado en dólares, pagadero a diez años. Se quitó dinero en efectivo y se devolvieron títulos públicos a largo plazo, equilibrando así la base de circulante en moneda nacional con la de dólares, y logrando deprimir la demanda de divisas. Con ello, el peligro de la hiperinflación fue conjurado a través de una operación de cirujía mayor en el sistema económico, con perjuicio inmediato de la cadena de pagos y de

⁴⁷ Aunque por posteriores actos fue exceptuado el 57% del total retenido (diario *Clarín* del 12 de mayo de 2002, suplemento económico, p. 3). El dato es de Enrique Folcini, presidente del Banco Central a partir de enero de 1990. “El dólar, que en diciembre había estado en 1.000 australes, tocó los 6.000 australes y bajó a 4.680 en marzo de 1990. El tipo de cambio se mantuvo hasta con pequeñas variaciones hasta fin del 90 cuando una nueva crisis política y económica dio lugar primero a una nueva devaluación y luego al plan de convertibilidad con un dólar por 10.000 australes”.

la propiedad individual. Esta operatatoria fue llamada “Plan Bonex”, por el nombre de los títulos públicos utilizados para el canje, y consistió en una dolorosa pero necesaria punción de circulante para interrumpir un nuevo proceso hiperinflacionario, abortándolo desde su causa.⁴⁸

A. El beneficio general del Plan Bonex

El perjuicio prevenido con la acción de gobierno instrumentada en el Decreto 36/90 consistió fundamentalmente en evitar un fenómeno hiperinflacionario y sus hechos consecuentes.

Los efectos de un periodo hiperinflacionario son muy perjudiciales para el Estado como actor económico, y para el cuerpo social todo, no ya en el periodo en que se produce, digamos en la “tormenta”, sino en un largo periodo posterior en el que los desfasajes se van recomponiendo (fundamentalmente las relaciones contractuales).

El peligro de hiperinflación en diciembre de 1989 se explicaba con relativa claridad, pues tenía relación directa con el constantemente creciente precio de la divisa y de las tasas de los plazos fijos en una carrera desenfrenada por atraer a los tenedores de dinero. A su vez, la expectativa alcista de la divisa, por un lado, y su traslado a los precios de bienes y servicios por componer su costo de insumos en dólares, por otro, provocan el aumento de los precios. O el circulante se mantenía en los bancos, mediante imposiciones a plazo fijo renovables cada 7 días a una tasa de interés superior a la expectativa inflacionaria, o los inversores optaban por resguardar en el dólar el poder adquisitivo de sus tenencias de australes. La ecuación era simple y perversa: en tanto el dinero saliera del sistema financiero para volcarse a demandar dólares, ello empujaría el precio de la divisa, y con él los precios de bienes y servicios de toda la economía, a un ritmo vertiginoso. El gobierno —a través del Banco Central— cerraba el círculo, otorgando redescuentos a los bancos, posibilitados por la emisión monetaria, para que éstos pudieran ofrecer tasas de interés astronómicas.⁴⁹ La emisión aumentaba la cantidad de moneda y la

⁴⁸ En enero de 1989 la inflación fue del 79,2%, y en febrero continuó el índice alto con tendencia a la moderación recién en marzo y abril.

⁴⁹ Las altas tasas que abona el Banco Central actualmente por la licitación de letras (LEBAC) se explica precisamente porque dicho instrumento financiero es utilizado con la explícita finalidad distractiva de la demanda de dólares del público. En el llamado a li-

potencialidad de demanda sobre el dólar.⁵⁰ Los redescuentos del Banco Central a las entidades, posibilitados con la emisión de billetes, también iban dirigidos a financiar el retiro de depósitos de aquellas personas que percibían el evidente riesgo que significaba renovar las imposiciones a tasas de interés desmesuradas.

Éste es básicamente el esquema de la hiperinflación de 1989: una espiral viciosa cuya desembocadura, como remedio inevitable, fue el Plan Bonex que retiró la masa de circulante excedente, medida que sólo se puede aplicar sobre moneda inmovilizada, como los depósitos bancarios. La resolución de la situación era difícil de imaginar por otros medios; de hecho, no se han oído voces acerca de alternativas posibles menos restrictivas de los derechos e igualmente eficaces para detener un proceso que perjudicaba a todos por igual, especialmente a la población con ingresos fijos en moneda nacional.

En definitiva, el llamado “Plan Bonex” —tan lamentable como inevitable— constituyó a la postre la piedra angular sobre la que se asentó el régimen monetario de convertibilidad sancionado por ley en 1991 y que lograría la estabilidad inflacionaria por más de diez años.

B. La lesión individual del Plan Bonex

No sería ecuánime analizar el canje de depósitos sólo desde su perspectiva virtuosa, pues a nadie escapa que fue en definitiva un suceso lamentable, un ejercicio del Estado de necesidad pública, esto es, la provocación de un mal para evitar otro peor, en este caso, de efectos devastadores para la sociedad. El perjuicio de los depositantes es indudable desde el mis-

citación de LEBAC del 18 de abril, la tasa aceptada fue de 75% anual en pesos (a 14 días) y 30% en dólares (a 28 días). Asimismo, tasas del mismo nivel ofrecen hoy las entidades bancarias, aunque con sustanciales diferencias según la entidad, para la constitución de plazos fijos a 7 y 14 días. La suba en la cotización del oro o las acciones bursátiles también se explica en la búsqueda de alternativas que mantengan el poder adquisitivo del dinero tanto como lo garantiza el dólar.

⁵⁰ El BCRA publicaba diariamente su balance, mostrando el saldo de la cuenta “Anticipos del Tesoro” (“préstamos del BC al gobierno”, con un bono a 99 años, técnica como se instrumentaba la emisión monetaria). El Banco Central comenzó a prestar ferozmente a los bancos privados: los llamados redescuentos, en una forma de triangular fondos. He aquí, en la mecánica de los redescuentos y la expansión monetaria desbordada, el origen de la urgencia del 28 de diciembre de 1989, generadora del Plan Bonex y a la postre del caso “Peralta”.

mo hecho de la indisponibilidad de su dinero efectivo. A ello debe sumársele que los títulos para efectivizar el canje no fueron librados de inmediato, sino que hubo que esperar un buen tiempo para ello. En tercer lugar, los títulos no eran negociables, y una vez emitidos, su entrega fue dispuesta a valor nominal, con una cotización inicial del 60%, con lo cual, quienes optaron por vender inmediatamente los bonos sufrieron un detrimento del 40% en relación con el valor de su depósito más los intereses.⁵¹

C. La respuesta de la Corte a la impugnación constitucional del Plan Bonex

Por supuesto que hubo muchos ahorristas que demandaron la inconstitucionalidad del Decreto 36/90. De hecho, se trataba de la más incisiva restricción a la propiedad privada producida con alcances generales en la historia del país.

Llegado el caso a la Corte Suprema, ésta convalidó la constitucionalidad de la medida en el caso “Peralta”.⁵² Brevemente, la Corte sostuvo:

- a) Cuando circunstancias excepcionales pusieran en grave peligro la subsistencia del Estado y del orden social, el Poder Ejecutivo puede emitir los llamados decretos de necesidad y urgencia.
- b) Éstos encuentran un límite en que el Congreso Nacional no hubiera adoptado o adoptara soluciones incompatibles con el decreto, debiendo ponderarse en el caso que el Congreso había declarado la emergencia pública antes del Decreto 36/90, y lo había ratificado tácitamente en forma posterior.
- c) La medida fue adoptada en el interés general y no implicó el aniquilamiento de la propiedad sino su restricción razonable, teniendo en cuenta las graves causas que la justificaron.
- d) La propiedad de los depositantes se hubiera visto peor afectada si el gobierno hubiese omitido actuar preventivamente contra una nueva hiperinflación.

⁵¹ Dice Gordillo, en este sentido, que “hubo, en lo inmediato, una confiscación del 40%”. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, pp. IV-23.

⁵² Sentencia del 27 de diciembre de 1990, *Fallos* 313:1513, *La Ley*, 1991-C, 141, con comentario de Alberto Bianchi.

*D. El subcapítulo de la responsabilidad estatal
por el Plan Bonex: el caso Manzi*

Descartada la inconstitucionalidad del Plan Bonex, según hemos visto, la Corte rechazó la responsabilidad del Estado por su accionar lícito en el mismo supuesto. El caso que da cuenta de ello es una breve sentencia, “Manzi”, dictada el 13 de mayo de 1997.

El actor demandó al Estado los intereses dejados de percibir por su depósito a plazo fijo constituido el 22 de diciembre de 1989 —por 11 días— con vencimiento el 2 de enero de 1990, a una tasa efectiva mensual del 66%. Como se vio, el Decreto 36/90 había dispuesto la devolución de los depósitos en bonos por su capital e intereses hasta el 28 de diciembre de aquel año. Asimismo, reclamó la diferencia entre el valor nominal de los bonos y su valor real de mercado al día en que articuló la demanda.

La Corte sólo hizo hincapié allí en una cuestión lateral en toda acción de daños, que es precisamente la existencia del perjuicio. Vale decir que, sin necesidad de involucrarse con la dogmática de la responsabilidad del Estado, la sentencia determinó que no se encontraba acreditado un daño concreto y especial, por lo que el reclamo carecía de andamiaje. Asimismo, al haberse reclamado una compensación económica equivalente a las restricciones sufridas, el fallo señala lúcidamente que

la admisión generalizada de pretensiones análogas a la deducida en autos no conduciría a proteger el derecho de propiedad sino a obstaculizar la labor de gobierno, pues implicaría la derogación —por vía elíptica— del régimen legal de la emergencia con la consiguiente frustración de todos los propósitos contenidos en él, tendentes al afianzamiento del bienestar general; de verificarse esta situación, el pago de los resarcimientos recaería sobre toda la comunidad sin que ésta obtuviera —como contrapartida— beneficio alguno, ya que la crisis se agravaría y, en definitiva, se tornarían ilusorios los derechos que se han pretendido preservar.

A lo cual se agregó: “Por lo demás, una línea jurisprudencial semejante sentaría las bases de un dilema irreductible, pues o el Estado se abstiene de ejercer funciones que le son propias, o bien, luego de ejercerlas, es compelido a resignarlas frente a cada reclamo individual”.

Con ello, y sin otro antecedente donde hubiera tratado la cuestión, la casuística no sometió esta vez a la Corte a un test de su doctrina sobre responsabilidad estatal fundada en algún sacrificio especial padecido por interacción del “Plan Bonex” en la Argentina, aunque el fenómeno se presta para numerosos e interesantes ejercicios académicos.

V. ¿QUÉ NOS DEPARA LA PESIFICACIÓN?

En 1998 el país entró en un periodo de recesión económica, luego de siete años ininterrumpidos de crecimiento del producto interno bruto (PBI). El 10 de diciembre de 1999 se produjo un recambio presidencial, y durante 2000 el nuevo gobierno llevó a cabo una política económica dubitativa y sin un rumbo preciso. Los niveles de producción y consumo siguieron cayendo aquel año, y a mediados de 2001 el país padeció una crisis de confianza externa que amenazó el cumplimiento de los compromisos externos. Ello, acompañado del retroceso de las variables sociales y de la pérdida de popularidad y respaldo parlamentario del gobierno, generó el comienzo del derrumbe del régimen de política económica implementado durante la década de los años noventa, colapso que sería puesto de manifiesto, como tantas otras depresiones económicas, incluida la gran depresión mundial de 1929, por un cimbronazo de índole financiero.

Durante 2001, las altas tasas de interés con que las entidades financieras retribuían los depósitos en el país —16% anual en promedio— constituía un dato revelador del riesgo en el que se desenvolvía el sistema financiero. La sobrevaluación del peso y la necesidad de su adecuación a las circunstancias reales de paridad con el dólar, fue una idea que logró instalarse en la sociedad y en los medios de comunicación, alentada también por quienes proponían un reajuste en la paridad a fin de conferir mayores estímulos a los sectores exportadores y mayor protección a la industria nacional por la natural retracción en las importaciones que generan la subida del tipo de cambio. De la mano de una avanzada recesión y una insostenible dinámica de endeudamiento, surgieron dudas sobre la viabilidad del régimen monetario vigente y del sistema económico en su conjunto. En un contexto durante el cual se redujo la liquidez de los bancos y se incrementó la exposición al riesgo de *default* soberano, empezó a configurarse un círculo vicioso que condujo a un masivo retiro de de-

pósitos, en forma sostenida y catastrófica hacia noviembre de aquel año, con la consiguiente pérdida de reservas del Banco Central. Este conflictivo cuadro de situación produjo fuertes desajustes en la economía pública y privada. Durante 2001 se incrementaron las carteras de deudores morosos de las entidades financieras y los concursos y quiebras de empresas. La recaudación impositiva bajaba por efecto de la incesante recesión. Así, el país llegó a ocupar el primer lugar en la medición de “riesgo-país”. El 3 de enero de 2001 ese índice rondaba los 760 puntos y subió hasta 5,000 puntos en noviembre, un nivel nunca conocido hasta ese momento. Como consecuencia de semejante crisis, en julio de 2001 el gobierno comenzó a echar mano a medidas de emergencia altamente conflictivas con los derechos patrimoniales de los particulares. La doctrina de la emergencia no era un tema novedoso ni mucho menos en la historia argentina, con lo cual esta etapa no era sino una reedición de las emergencias anteriores, aunque se encontraría con un umbral de tolerancia mucho menor que en oportunidades pasadas.

En julio de 2001 el gobierno dispuso un recorte del 13% en todas las remuneraciones y jubilaciones a cargo del Estado nacional, en lo que era definido como política de “déficit cero”, la que incluso tuvo consagración en el Congreso Nacional, lo cual generó una catarata de acciones judiciales y un clima de gran rechazo social. La sensación de incertidumbre y riesgo produjo dos fenómenos masivos devastadores para cualquier sistema monetario y financiero. Por una parte, el sector social con capacidad de ahorro comenzó a volcarse nuevamente por el resguardo tradicional de la sociedad argentina contra las devaluaciones de la moneda: la demanda del dólar estadounidense. Por otro lado, se produjo una gran “corrida bancaria”, esto es, el retiro de los depósitos bancarios que sumaban aproximadamente 65,000 millones de dólares. El gobierno reaccionó contra ambas cosas. Mientras todo funcionario a que se consultara, además del presidente y su ministro de Economía, repetían con tono monótono que la paridad 1 a 1 con el dólar sería mantenida a rajatabla, líderes de la oposición y empresarios comenzaron a sugerir en voz alta que podría convenir una salida ordenada de la convertibilidad, lo cual tocaba un nervio social de suma sensibilidad. Asimismo, el Congreso Nacional sancionó una ley que declaraba la intangibilidad de los depósitos bancarios, en un intento desesperado por cortar el chorro de salida y generar confianza en los depositantes.

Sin embargo, el viernes 30 de noviembre de 2001, acosado por una crisis económica de causas y efectos inusitados, el gobierno argentino quebró el contrato social y decidió por decreto de necesidad y urgencia la indisponibilidad de los depósitos bancarios, lo que fue llamado popularmente “corralito financiero”. Sin sospecharlo, el presidente De la Rúa, al emitir el Decreto 1570/01, no hizo más que suscribir el certificado de defunción de su gobierno.

En orden cronológico, los sucesos más relevantes de allí en más fueron: el lunes 3 de diciembre salió a la luz la medida que dispuso la restricción, sin plazo determinado, del retiro de depósitos bancarios. La gran reacción social y el inminente estado de cesación de pagos del Estado nacional, precipitaron la renuncia del presidente el 20 de diciembre. El *default* finalmente se concretó el 24 de diciembre y fue anunciado por el primer presidente provisional designado ante el estado de acefalía. Asumido el segundo mandatario, que concluiría su periodo provisorio un año y medio después con elecciones populares, el Congreso Nacional sancionó a instancias de su gobierno la declaración formal del estado de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, y la ruptura del régimen legal monetario de convertibilidad 1 peso = 1 dólar (8 de enero de 2002). Pocos días después, el Poder Ejecutivo, unilateralmente, decidió la “pesificación” de las deudas y créditos nominados en dólares durante la época de la convertibilidad (4 de febrero de 2002). El decreto declaró convertidas a pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero de cualquier causa u origen expresadas en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras, fijando en \$1,40 el valor del dólar estadounidense para los depósitos en dólares en el sistema financiero, en tanto que las deudas para con éste quedaron fijadas en un peso por cada dólar, del mismo modo que aquellas no vinculadas al sistema financiero. El Decreto núm. 471/2002 “pesificó” a su vez las obligaciones del sector público nacional, provincial y municipal, vigentes al 3 de febrero de 2002, denominadas en dólares u otra moneda extranjera a \$1,40.

La medida provocó una avalancha de acciones judiciales donde se reclamó su inconstitucionalidad, y mereció dos sentencias diametralmente opuestas de la Corte, según las alteraciones en su composición que sufriera durante 2003 y 2004. En el caso “San Luis” (5 de marzo 2003) declaró fulminantemente la inconstitucionalidad del Decreto 214/02. Reno-

vada parcialmente su integración, falló su convalidación constitucional unos años después en “Bustos” (26 de octubre de 2004).

A su vez, la delicada y compleja cuestión de la “pesificación” de los depósitos bancarios constituidos en dólares antes de la devaluación y ruptura de la paridad peso-dólar, producida en diciembre de 2001, ha generado un sinnúmero de opiniones en torno de su conveniencia social, eficacia económica y validez jurídica y constitucional. Si bien es difícil separar los tres ámbitos de reflexión del problema, por no decir imposible, se puede advertir que las opiniones que se han vertido hasta la fecha hacen pie en alguno de aquellos ángulos de análisis, enfatizando desde puntos de vista diversos las ventajas o los vicios que se adjudican a la solución con que el gobierno del presidente Duhalde debió resolver, de modo impostergable, la conversión de las obligaciones contraídas en dólares tras el colapso del sistema de convertibilidad que rigió en el país desde marzo de 1991 hasta diciembre de 2001.

En la concepción de la decisión se hallaba el expreso propósito de desarticular el sistema creado por la Ley 23.928.

Veamos porqué. La citada ley de convertibilidad estableció, más que un “modelo económico”, como suele predicarse a mi modo de ver con exageración, un sistema y una política monetaria. Dispuso que el Banco Central de la República Argentina intervendría en el mercado de cambios a fin de mantener una paridad fija entre el dólar y la moneda nacional, esto es, volcando todos los pesos que el mercado demandara contra oferta de dólares, único caso en el que podía expandir la base monetaria, o bien, inyectando dólares en el circuito financiero cuando existiera demanda de divisas, para lo cual la ley establecía que debía disponer de reservas equivalentes al 100% de la demanda potencial de dólares, oferente ilimitado que respaldara el equilibrio y el carácter fijo de la paridad impuesta legalmente. De modo que la disposición legal se encontraba sustentada y atada al fenómeno económico financiero. Sin reservas suficientes, el Banco Central no podría haber actuado como árbitro del mercado de cambios, tal como lo hace en la actualidad en un sistema de liberación absoluta, y toda fijación del precio del dólar hubiera resultado artificiosa e irreal como había existido antes de la liberación del mercado de divisas operado en 1989. El infructuoso intento de volver a la paridad fija en 2002 (Decreto 71/02) duró poco menos de un mes; fue desbordado por la demanda de dólares que llevó su valor real a cerca de cuatro pesos en

abril de ese año, y fue rápidamente dejado de lado, liberándose el mercado cambiario, aunque dejó como estela el número de la discordia, el \$1,40 sobre cuya base se realizaría posteriormente la pesificación de los depósitos.

Antes de la convertibilidad, el dólar se había convertido hace tiempo en el resguardo del ahorro interno y externo, pues constituía una garantía contra la depreciación monetaria crónica y era la moneda con que se transaban los bienes durables (*vgr.* inmuebles) y los importados. El sistema monetario implantado por la Ley 23.928 tuvo éxito en relación con la finalidad que se propuso, y fue acompañado por otras medidas que lograron la estabilización de las variables económicas, la creación de confianza y serenidad de los ahorristas e inversores, y todo ello dio lugar a un gran fenómeno de bancarización a partir de 1991. El circuito financiero creció vertiginosamente, a punto tal que al llegar su crisis en 2001, la cantidad de préstamos otorgados sumaba USD\$95,000 millones y la cantidad de depósitos USD\$65,000, cifras inéditas en nuestro país.

Si bien el dólar no era una moneda de curso legal, por el contrario, la Ley 23.928 modificó el Código Civil estableciendo que las obligaciones en moneda extranjera era obligaciones de dar sumas de dinero, la costumbre comercial y transaccional hizo prácticamente equivalente el uso de dólares y pesos durante diez años.

Las finanzas públicas nacionales y provinciales, con un resultado realmente lastimoso, también se dolarizaron, pues el déficit presupuestario producido en la década por el desequilibrio entre recursos y gastos expresados en pesos, fue cubierto mediante el endeudamiento sistemático en dólares, tantos como fueran necesarios para cubrir esos déficit en moneda nacional. Esto fue un gran talón de Aquiles que terminó incidiendo decisivamente en la crisis.

Los ingresos y las deudas se dolarizaron merced al fácil acceso a la moneda extranjera, y con ello los ahorros. Pero al carecer el Banco Central de capacidad para emitir dólares, no pudiendo ser prestamista de última instancia en el sistema financiero dolarizado, el sistema admitía como hipótesis que el país perdiera el crédito externo e interno, que la confianza del público se desvaneciera, y que el temor generalizado produjera una gran corrida bancaria, como ocurrió en varios países en aquellos años y en el nuestro en 1995 por el efecto “tequila”.

He aquí las claves de la corrida bancaria de 2001, germen del corralito financiero dispuesto por Decreto 1570/01, antecedentes inmediatos de la devaluación y la pesificación.

Muchos sostienen que la pesificación conculcó los derechos de propiedad e igualdad ante la ley, y normas básicas de la legislación civil referidas a las obligaciones de dar sumas de dinero y al contrato de depósito.

El argumento se sintetiza de la siguiente manera: quien depositó dólares estadounidenses tiene derecho a la devolución de la misma cantidad y tipo de moneda. Al haber constituido sus depósitos en dólares, quienes así lo hicieron pretendieron el resguardo de su capital en moneda dura, supuestamente inmune a devaluaciones y a la propia inflación. Cualquier quita o mengua nominal de dicho capital constituye un aniquilamiento de la propiedad.

Esta posición ha predominado en los tribunales inferiores y la Corte la hizo suya en el fallo “San Luis”. La gran mayoría de la doctrina apoyó esa decisión, antes y después de la sentencia.

En el otro extremo del péndulo se ubican quienes defienden abiertamente la pesificación como solución técnica virtuosa y decisión equitativamente distribuidora de perjuicios. Y en una posición algo más moderada se encuentran quienes se limitan a sostener que la pesificación, si bien lamentable, fue una solución justificable y por ende dentro de las variantes legales del gobierno. Para arribar a un juicio categórico a su respecto, y decidir concretamente su inequidad o injusto perjuicio en un caso determinado, se requiere de un amplio debate y de la producción de pruebas vinculadas con la situación particular del depositante y el impacto cierto que la medida provocó en su patrimonio. En tal sentido —dice la Corte en “Bustos”—, la pesificación no puede declararse inconstitucional de modo genérico y de pleno derecho.

Dentro de la posición de la Corte en “Bustos” juega un papel preponderante la fuerza de los hechos consumados, y el sentido de proyección de las decisiones según sus consecuencias prácticas. A esto se ha dado en llamar jurisprudencia de intereses, y hay algo de esto en el caso “Bustos” que merece ser debidamente diseccionado. El basamento de este criterio consiste en considerar a la pesificación como un fenómeno general imposible de desarticular, esto es, un dato, un hecho que no se puede retrotraer, pues el sistema económico, que luce al menos montado en la calma por un tiempo, no resiste golpes de timón, máxime cuando se encuentran

en discusión ante tribunales extranjeros las demandas de concesionarios de servicios públicos por la “pesificación” de sus tarifas, tema de gran repercusión para la política económica del gobierno y para las posibilidades materiales del Estado argentino de cara hacia el futuro.

VI. CONCLUSIÓN

Los casos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita en ejercicio del poder de policía económico se encuentran inevitablemente teñidos por las limitaciones presupuestarias del Estado. La Corte actúa allí sigilosamente, entre su condición de tribunal de justicia y su indudable carácter de poder del Estado. La noción de daño especial le ha permitido administrar discrecionalmente la caja disponible para administrar la responsabilidad estatal. Al extender o restringir su alcance en cada caso, la Corte vive las consecuencias prácticas de sus sentencias. Con ello quiero decir que la Corte no ha llegado a delimitar el alcance del sacrificio especial que hace viable la responsabilidad del Estado por su actividad legítima, pues ello depende en buena medida del número de personas afectadas y las consecuencias materiales concretas que la multiplicación de un caso concreto puede tener para las arcas del Estado. Una devaluación no puede ser reparada a todos. El tema actual en la Argentina de la pesificación, tampoco.

No obstante, son muy diversas las situaciones de afectación patrimonial que aún no han encontrado una solución definitiva, y que pueden llegar a los estrados de la Corte. Ello obligará al tribunal, eventualmente, a una depuración del concepto técnico de “sacrificio especial”, que es precisamente el núcleo vital sobre el que se desarrolla y se pone en marcha la responsabilidad estatal por actividad lícita.

Como hemos visto, son numerosos los casos que ha decidido la Corte Suprema por aplicación de este tipo de responsabilidad, pero estimo que aún queda bastante camino por recorrer en la dogmática judicial, pues la Argentina es un país lamentablemente propenso a los cambios de rumbo legislativo y a la alteración consecuente de situaciones jurídicas generadas al amparo de regímenes anteriores.